



Tilburg University

De Toekomst van de Reserve Assurantie Eigen Risico

Caanen, J.C.

Publication date:
1996

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Caanen, J. C. (1996). *De Toekomst van de Reserve Assurantie Eigen Risico*. (FEW Research Memorandum; Vol. 729). Department of Fiscal Economics.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DE TOEKOMST VAN DE RESERVE ASSURANTIE EIGEN RISICO

Dr. J. Ch. Caanen

1 INLEIDING

De rechtsgrond van de reserve assurantie eigen risico (RAER) is zwak, de jurisprudentie is verre van overzichtelijk en de uitvoeringsproblemen zijn talrijk.

In dit memorandum zullen (een deel van) de rechtspraak en de uitvoeringsproblematiek aan een onderzoek worden onderworpen. Uit de jurisprudentie worden met name besproken HR 3 november 1993, nr. 29.009, BNB 1994/12^c, waarin beslist is over een geografische indeling, HR 14 juni 1995, nr. 30.071, BNB 1995/234, waarin beslist is over een indeling naar grootte, en HR 1 november 1995, nr. 30.313, V-N 1995, blz. 3941, pnt. 9, dat handelt over het begrip verzekeren.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of de RAER gecontinueerd moet worden. Voor het geval van een bevestigend antwoord wil ik in dit onderzoek laten zien hoe de wettelijke regeling meer recht gedaan kan worden, voor het geval van een ontkennend antwoord wordt een alternatief geboden. Aan het slot van dit memorandum zal ik kort aandacht besteden aan de recent ingevoerde exportrisicoreserve.

2 ENKELE ALGEMENE ASPECTEN

2.1 De rechtsgrond van de assurantiereserve.

Uit de wetsgeschiedenis van de Wet IB 1964 blijkt als enige rechtsgrond de gelijke behandeling van ondernemers die wel en ondernemers die niet verzekeren. Daarvóór had de Hoge Raad deze rechtvaardiging al geformuleerd.¹ Het er niet toe doet waarom een

¹ HR 18 juni 1943, B 7685. Er wordt wel eens geopperd dat het een tegemoetkoming zou zijn aan ondernemers met principiële bezwaren tegen verzekeren; daarvan blijkt echter niets uit de wetsgeschiedenis.

ondernemer niet verzekert.² Een RAER mag ook gevormd worden als het bedrijfseconomisch onverantwoord is.

In zijn uitwerking is de gelijke behandeling een moeilijk hanteerbare rechtsgrond gebleken. In de discussie over de vraag of de hoogte van een RAER beperkt diende te zijn ("plafond"), werd het gelijkheidsargument naar voren gebracht door zowel de Hoge Raad, die besliste dat er geen plafond diende te zijn,³ als door Hofstra, die in zijn noot onder dit arrest de tegenovergestelde mening was toegedaan. In par. 2.4 kom ik op deze plafondkwestie terug.

2.2 Het karakter van de assurantiereserve

Het karakter van de RAER is enigszins tweeslachtig: er zijn elementen van zowel winstbepaling (voorziening)⁴ als van winstbestemming (reserve)⁵. De ondernemer is niet verplicht de bespaarde belasting in de vorm van een materiële reserve, bijvoorbeeld een liquide belegging aan te houden. Daardoor is er geen zekerheid dat de onderneming over middelen beschikt als de nood werkelijk aan de man is.

2.3 Het begrip verzekeren

In HR 1 november 1995, nr. 30313, V-N 1995, blz. 3941, pnt. 9, was de reikwijdte van het begrip verzekeren aan de orde. Het betrof het risico tot doorbetaling van loon in de vorm van ziekingeld.

Aan de hofuitspraak kan ontleend worden dat de bedrijfsvereniging onder voorwaarden in het onderhavige jaar aan grote werkgevers toestond hetzij eigen risicodrager te worden (meer dan 10.000 werknemers), hetzij een afdelingskas te vormen (meer dan 500 werknemers). In het eerste geval wordt geen premie betaald en draagt de werkgever de

² Dus ook niet waarom hij dit wel doet. Voor het criterium in belangrijke mate verzekeren betekent dit dat verplicht verzekerde ondernemers ook meetellen.

³ BNB 1979/58.

⁴ Ook doteren in verliesjaren.

⁵ Door de historische koppeling aan de onbelaste reserve uit de Wet Belastingherziening 1947.

uitkeringen in geval van ziekte van de werknemer. In het tweede geval betaalt de werkgever een speciaal voor hem vastgestelde premie aan de afdelingskas, een onderdeel van de bedrijfsvereniging, en worden de uitkeringen bij ziekte ten laste van de afdelingskas gebracht. In beide gevallen behouden de werknemers aanspraken uit hoofde van de verplichte verzekering ten opzichte van de bedrijfsvereniging, die de werkgever kan aanspreken indien deze of de afdelingskas in gebreke blijft. Daartoe dienen de werkgevers zekerheid te stellen.

Met ingang van het jaar 1977 heeft belanghebbende een RAER terzake van de risico's voortvloeiend uit de uitvoering van de Ziektewet, opgebouwd. Het bedrag van de jaarlijkse dotatie bestaat uit het verschil tussen de premie die per jaar zou moeten worden betaald aan de bedrijfsvereniging indien het risico bij de bedrijfsvereniging zou zijn verzekerd en de jaarpremie die moet worden afgedragen aan de afdelingskas. In de periode 1977-1982 is de stand van deze RAER opgelopen tot f 9.639.000. De inspecteur wil deze reserve in het jaar 1982 aan de winst van belanghebbende toevoegen, omdat het risico naar zijn opvatting verzekerd is.

Het Hof verwerpt de stelling van belanghebbende dat zij in wezen een eigen risicodragers is en dat het vermogen van de afdelingskas in wezen haar vermogen is. Naar het oordeel van het Hof is derhalve bij het onderbrengen van het onderhavige risico in een afdelingskas sprake van het verzekeren van het risico.

De Hoge Raad verwerpt de opvatting van het Hof. Hij concludeert dat de verantwoordelijkheid voor de betalingen zowel formeel als materieel bij de werkgever ligt. Een werkgever met een afdelingskas wordt dus materieel gelijkgesteld aan een eigen risicodragers. De RAER kan in beginsel in stand blijven. Het geschilpunt over de omvang van de reserve wordt verwezen.

2.4 Wel of geen plafond?

In HR 10 januari 1979, BNB 1979/58, besliste de Hoge Raad dat de RAER niet aan een maximum gebonden is. Hofstra daarentegen is in zijn noot bij het arrest van mening dat er wel een plafond dient te zijn.

Naar mijn opvatting dient er een nuancering plaats te vinden. Bij een incidenteel risico, zoals brandrisico, kan het niet aannemen van een plafond verdedigd worden door

te stellen, dat, als vandaag het bedrijfspand afbrandt, dat morgen weer kan gebeuren. Dit kan tot gevolg hebben dat een jarenlang opgelopen RAER als sneeuw voor de zon verdwijnt. In geval van een "structureel" risico, zoals het ziektegeldrisico, is dit niet voorstelbaar.⁶ Immers, een werkgever kiest alleen voor een afdelingskas of het zijn van eigen risicodragers als het ziekteverzuim in zijn onderneming structureel lager ligt dan in de gehele bedrijfsvereniging. Het eindresultaat is een voortdurend oplopende RAER.

In Hof Arnhem, BNB 1983/70 was de plafondkwestie aan de orde bij een eigen risicodragers. Het Hof is van opvatting dat er sprake is van een onbevredigend resultaat, maar voelt zich niet geroepen tot ingrijpen, dat zou de wetgever moeten doen. De Staatssecretaris is niet in cassatie gegaan, waardoor aangenomen moet worden dat hij er zich toen bij neergelegd heeft.

In het in de vorige paragraaf arrest van 1 november zien we ook een voortdurend oplopende RAER. Illustratief is in dit verband een zin uit overweging 5.4 van het Hof: "De afdelingskas dient er kennelijk voor om werkgevers en werkgevers van ondernemingen met een relatief gunstig schadeverloop het daaruit voortvloeiende premievoordeel⁷ toe te spelen.....". Qua eindeffect is de beslissing van het Hof daarom ook meer bevredigend, in juridische zin acht ik de beslissing van de Hoge Raad juist. Voor de belastingadministratie had hier een kans gelegen de Hoge Raad uit te nodigen zijn plafondjurisprudentie te nuanceren.

Nu de Ziektewet is afgeschaft zal dit arrest op het punt van het begrip verzekeren een deel van zijn belang verliezen.⁸ De kwestie van de hoog opgelopen reserves blijft. Het is wel denkbaar dat hun groei tot stilstand komt. Men mag er immers vanuit gaan dat de professionele verzekeraars de geschiedenis van het ziekteverzuim van een onderneming in hun premie zullen verdisconteren. De dotatie, zijnde de premie die betaald zou zijn, van een onderneming met een relatief laag structureel ziekteverzuim, wordt daardoor lager. Zou bij de hoogte van de dotatie geen rekening worden gehouden met de invloed van het "goede gedrag" van de ondernemer zelf op de (theoretische) premie -die meestal tot

⁶ Tenzij de pest uitbreekt!

⁷ Over de periode 1979-1982 bedroegen de premies voor de afdelingskas 8,2%, 7,8%, 5,3% en 5,0% en die voor de omslagleden van de bedrijfsvereniging 13,0%, 12,1%, 11,4% en 8,8%!

⁸ Het verzekeringsgedrag van de ondernemingen zal na de afschaffing van de Ziektewet niet bekend zijn. Bij de parlementaire behandeling van de afschaffing ziektewet is snel FIOD-onderzoek toegezegd.

uitdrukking komt in een bonus-, dan zou de assurantiereserve weer gaan oplopen.

3 VERGELIJKBARE ONDERNEMINGEN

Bij de RAER speelt het begrip *vergelijkbare ondernemingen* een belangrijke rol. Deze rol is mijns inziens te dominant geworden, zeker indien men in aanmerking neemt dat dit begrip niet in artikel Wet IB 1964 voorkomt. Deze dominantie is mede het gevolg en vervolgens ook weer oorzaak van het teveel aan nadruk dat is komen te liggen op de "vergelijkbaarheid vooraf", terwijl vergelijkbaarheid vaak alleen maar een constatering achteraf is. Het vooraf zoeken naar vergelijkbare ondernemingen, met andere woorden het toepassen van vergelijkbare ondernemingen als zelfstandig afbakeningscriterium vooraf, dient tot een minimum te worden beperkt. Het achteraf constateren van vergelijkbaarheid vloeit voort uit de toepassing van de twee wettelijke elementen, te weten: "risico's" en "in belangrijke mate verzekeren". Het *kwalitatieve aspect* van de vergelijkbaarheid, bijvoorbeeld de indeling naar soorten ondernemingen, kan afgedekt worden met het begrip "risico's" en voor het *kwantitatieve aspect*, bijvoorbeeld grootte, is het criterium "in belangrijke mate" toereikend.

Naar mijn opvatting dient het uitgangspunt te zijn dat ondernemingen die ten aanzien van bepaalde objecten een gelijk risico lopen als vergelijkbaar worden aangemerkt. Het is echter niet goed mogelijk alle Nederlandse ondernemingen met elkaar te vergelijken. Om praktische redenen is het daarom aan te bevelen een onderverdeling vooraf te maken op basis van uiterlijke, in het maatschappelijk verkeer aanvaarde kenmerken. Het ligt daarbij voor de hand aansluiting te zoeken bij de indelingen die gemaakt worden door de beroepsverzekeraars.⁹ Meestal zal men dan uitkomen bij indelingen op mesoniveau (bedrijfstakken).

Soms is men geneigd een risico-object¹⁰ in een bedrijfstak meer overeenkomsten toe te kennen met vergelijkbare objecten in andere bedrijfstakken dan met ogenschijnlijke vergelijkbare objecten binnen de bedrijfstak zelf. Zo worden de directeuren-groootaandeelhouders uit verschillende bedrijfstakken meer als één groep beschouwd dan de directeur-

⁹ Vgl. P. den Boer in zijn noot bij BNB 1985/233.

¹⁰ Het begrip risico-object moge voor personen enigszins oneerbiedig klinken, maar voor het gemak zal ik hen er toch mee aanduiden.

grootaandeelhouder plus de overige werknemers uit eenzelfde bedrijfstak.¹¹ Aanvankelijk had deze benadering mijn instemming¹², maar ik neig nu naar de opvatting van de redactie van het Vakstudienieuws, zoals verwoord in de aantekening bij twee uitspraken van Hof Amsterdam, 29 maart 1994,¹³ nl. dat het zijn van aandeelhouder naast het directeurschap niet van belang is, omdat het gaat om een risico dat eigen is aan het zijn van werknemer.

Een indeling vooraf naar bedrijfstak (of bedrijfsvereniging) leidt tot een werkbaar vertrekpunt: dit is de enige functie die ik aan een ex-anteafbakening zou willen toekennen. Verdere onderverdelingen dienen alleen plaats te vinden, indien er verschillen zijn in risico. Daarbij dient als stelregel gehanteerd te worden: geen splitsing indien niet strikt noodzakelijk. Door versnippering kunnen te kleine groepen ontstaan, waardoor het al dan niet voldaan zijn aan "in belangrijke mate" sterk afhankelijk wordt van het toeval.¹⁴

4 HET BEGRIP RISICO; KWALITATIEVE AFBAKENING

Onder risico versta ik de kans dat een bepaald onzeker voorval (calamiteit) zich (in een bepaalde periode) voordoet ten aanzien van één risico-object. Voorbeelden zijn: de kans dat een werknemer (in de loop van een jaar) ziek wordt, de kans dat een debiteur niet betaalt of de kans dat in een gebouw in een bepaald jaar brand uitbreekt. Pas indien deze kans voor een subgroep duidelijk afwijkend is, is er sprake van een ander risico, met andere woorden eerst dan is er aanleiding om te splitsen. Zou bijvoorbeeld in de bedrijfstak Horeca blijken dat cafetaria's een hoger brandrisico lopen dan de hotels, restaurants en cafés, dan zou slechts een afsplitsing van de subgroep cafetaria's in aanmerking komen. De overige blijven één groep. Of er sprake is van een afwijkend risico kan blijken uit de statistieken en/of premiestelling van de verzekeringsmaatschappijen. Achteraf constateren

¹¹ Onder andere Hof 's-Gravenhage 29 september 1992, nr. 91/2616 (in navolging van het betreffende FIOD-rapport, RAER 89G0274).

¹² Zie J.Ch. Caanen, Reserve assurantie eigen risico, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht, 1993/7, blz. 121.

¹³ Nr. 91/4614, V-N 1994, blz. 2308, pnt. 7, BNB 1995/39 en nr. 91/6427, V-N 1994, blz. 2310, pnt. 8.

¹⁴ Het moge duidelijk zijn dat 200 van de 600 ondernemingen statistisch steviger staat dan 2 van de 6.

we dan dat cafetaria's vergelijkbare ondernemingen zijn. Voor een indeling vóóraf naar cafetaria's, hotels, restaurants en cafés bestaat geen enkele objectieve reden.

Vervolgens dienen we ons de vraag te stellen of een theoretisch verdedigbare onderverdeling altijd zinvol is met het oog op de praktische toepasbaarheid. Allereerst kan blijken dat de risico's niet zodanig afwijkend zijn dat ze een vergaande splitsing noodzakelijk maken. Bovendien zullen in een bedrijfstak als de Horeca veel "gemengde" ondernemingen voorkomen (hotel-restaurant, cafe-restaurant enz.), waardoor de indeling moeilijk hanterbaar wordt. Dit zou dan voldoende reden kunnen vormen om het brandrisico voor de gehele Horeca als één risico te beschouwen. Zo ontstaat aansluiting bij het resultaat van BNB 1985/223, waarin de HR besliste dat brandrisico voor een onderneming één risico vormt, ook al zijn er qua risico ongelijksoortige gebouwen (bijvoorbeeld kantoor- en fabriekspanden).

5 IN BELANGRIJKE MATE

5.1 De teller en de noemer van de breuk

Als de kwalitatieve afbakening gemaakt is, zal per groep vergelijkbare ondernemingen vastgesteld kunnen worden of het risico in kwestie in belangrijke mate wordt verzekerd. De uitkomst van de breuk: aantal verzekerde ondernemingen gedeeld door het totale aantal ondernemingen dient groter dan 29,5% te zijn.¹⁵ Het totale aantal ondernemingen kan alleen maar bestaan uit die ondernemingen waarop het risico in juridische zin rust. Dit is onder andere van belang met betrekking tot de RAER voor arbeidsongeschiktheid van de directeur-grotaandeelhouder. Dit risico kan door de vennootschap of door de directeur in privé gedragen worden. Zowel de vennootschap als de directeur kunnen vervolgens al dan niet verzekeren. In zijn rapport van 25 maart 1991¹⁶ heeft de FIOD in de teller de verzekerde vennootschappen opgenomen en in de noemer de risico lopende vennootschappen én privépersonen. Ik deel de door Van der Valk¹⁷ verder cijfermatig onder-

¹⁵ HR 28 juni 1978, BNB 1978/204.

¹⁶ RAER 89G0274.

¹⁷ K. van der Valk, Fiat voor de directeur-grotaandeelhouder, WFR 1993/6078, blz. 1706-1709.

bouwde en inmiddels door de rechtspraak¹⁸ bevestigde opvatting van Brouwer¹⁹ dat in de noemer uitsluitende de risicodragende ondernemingen thuishoren. In zijn vervolgartikel²⁰ wijst Brouwer op de C-polisachtige verzekeringsconstructies. Deze constructies dienen naar zijn opvatting gezien te worden als het verzekeren van het door de onderneming gedragen risico, ondanks het feit dat de directeur-grotaandeelhouder contractueel als verzekeringsnemer fungeert. Hij heeft kritiek op de FIOD omdat uit een in het kader van een nieuw onderzoek op 31 mei 1995 verzonden enquêteformulier zou blijken dat de FIOD geen oog heeft voor deze gemengde figuur. Ik ben geneigd hierin met Brouwer mee te gaan, anderzijds is verzekeren een juridisch begrip, hij die het risico verzekert moet ook geacht worden het te dragen. Opmerkelijk in dit verband is dat hij in zijn voetnoot schrijft dat het vanaf 1 januari 1995 door de wijziging van de Wet op de vermogensbelasting 1964 voor de directeur-grotaandeelhouder niet meer uitmaakt of hij een *echte privéverzekering* (cursief, CC) sluit, dan wel een verzekering op basis van de C-polisconstructie.

Een soortgelijke benadering kon al eerder bij Van Houte aangetroffen worden.²¹ Hij verdedigt de stelling dat uit het feit dat een directeur-grotaandeelhouder in privé een verzekering heeft afgesloten niet afgeleid mag worden dat de vennootschap zich het risico (ook) niet "op de hals heeft gehaald". Het is onduidelijk of hij deze C-polisachtige verzekeringsconstructies voor ogen heeft, of gewoon in privé afgesloten verzekeringen wil meetellen, indien bijvoorbeeld de BV een hoger salaris betaalt om de directeur-grotaandeelhouder daartoe in staat te stellen. Dit laatste gaat mij in elk geval te ver: voor een materiële beschouwingswijze die rekening houdt met economische terug-, voort- en afwenteling is geen plaats.

5.2 De invloed van de grootte van de onderneming

In het overgrote deel van de jurisprudentie wordt de *grootte* van de onderneming als ex-

¹⁸ Hof Amsterdam, 29 maart 1994, nrs. 91/4614 en 91/6427, V-N 21 juli 1994, blz. 2308, punt 7 (ook gepubliceerd als BNB 1995/39) en blz. 2310, punt 8.

¹⁹ J.Th.L. Brouwer, Geen fiat voor de FIOD, WFR 1993/6042, blz. 167-170.

²⁰ Nog steeds geen fiat voor de FIOD, WFR 1995/6176, blz. 1830-1831.

²¹ C.P.M. van Houte, Geen veto voor de FIOD, WFR 1993/6078, blz. 1710-1712.

ante-afbakeningscriterium gebruikt. Bekend is het zogenaamde "snijbloemenarrest"²². In het merendeel van de FIOD-rapporten wordt deze benadering gevolgd.²³ Daarnaast is er de lijn van het "bussenarrest"²⁴. Deze houdt in dat de vraag of een risico in belangrijke mate verzekerd wordt, beantwoord dient te worden door *alle* bedrijfsgenoten in aanmerking te nemen. Beide benaderingen hebben als bezwaar dat de grootte van de onderneming vooraf een rol speelt: of er is een aantal grootteklassen of er is er slechts één.

Mijn stelling is echter dat de grootte vooraf niet van belang is, zodat in beginsel uitgegaan dient te worden van *alle* in kwalitatieve zin gelijke ondernemingen (op basis van gelijk risico). De grootte van een onderneming is namelijk niet van invloed op het risico als zodanig, maar op het *verzekeringsgedrag*, waardoor aansluiting ontstaat bij het criterium "in belangrijke mate". Het verzekeringsgedrag ziet er in de praktijk, waaronder de FIOD-rapporten, in het algemeen zo uit, dat de neiging om te verzekeren afneemt, naarmate het aantal risico-objecten toeneemt.²⁵ Dit wordt veroorzaakt door de Wet van de grote aantallen. Stel, er is een kans dat een op de zes debiteuren niet betaalt, dan is het gevaar (gecumuleerde kans) voor een onderneming met 60 debiteuren dat er 20 of meer niet zullen betalen aanzienlijk groter dan het gevaar voor een onderneming met 600 debiteuren dat er 200 of meer niet zullen betalen.

5.3 De cumulatieve methode

Deze methode²⁶ houdt in dat de op het punt van risico vergelijkbare ondernemingen achter elkaar geplaatst worden van klein naar groot. De grootte dient bepaald te worden aan de hand van het aantal van de voor het onderhavige risico relevante objecten, bijvoorbeeld het aantal auto's in geval van cascoverzekering of het aantal werknemers in geval van ziekte. Stel nu dat van de 10 kleinste ondernemingen er 8 het risico verzekeren.

²² BNB 1975/78.

²³ Zie hierover J.Ch. Caanen, t.a.p., blz. 119.

²⁴ HR BNB 1978/204.

²⁵ Hof 's-Gravenhage, 5 december 1977, formuleert het aldus: "...de gewoonte zich te verzekeren.....neiging vertoont af te nemen naarmate binnen het bedrijf reeds een zekere,....., risicospreiding wordt gevonden;".

²⁶ Ook reeds besproken in J. Ch. Caanen, t.a.p. blz. 120.

Door nu steeds de volgende grotere onderneming toe te voegen, zal het cumulatieve gemiddelde gaan dalen, omdat de verzekeringsfrequentie afneemt als gevolg van de hierboven beschreven gedragsregel. Op een zeker moment wordt de grens van "in belangrijke mate" bereikt. Vanaf de onderneming waarbij het cumulatieve gemiddelde daaronder zakt, is sprake van "grote" ondernemingen in het kader van de RAER.²⁷ De daaraan voorafgaande ondernemingen zijn "kleine" ondernemingen. Op basis van dit objectieve criterium ontstaat hooguit een *tweedeling*. Het is zelfs mogelijk dat er alleen maar "kleine" of alleen maar "grote" ondernemingen zijn. Indien het cumulatieve gemiddelde de grootste onderneming heeft bereikt en het percentage is nog steeds groter dan 29,5, dan zijn er alleen maar "kleine" ondernemingen. Als het gemiddelde vanaf de allerkleinsten er reeds onder blijft, dan zijn er alleen maar "grote" ondernemingen. Een probleem treedt op indien er geen min of meer geleidelijke opbouw naar grootte is, maar ergens een "kloof" ligt, bijvoorbeeld als er in absolute zin alleen maar zeer kleine ondernemingen zijn en een of enkele zeer grote. Dit zou tot gevolg hebben dat zo'n grote onderneming zou kunnen "profiteren" van het ontbreken van middelgrote ondernemingen. Dit kan ondervangen worden door te intrapoleren.

De kleinste ondernemingen in een bedrijfstak zijn in deze aanpak dus niet automatisch klein in het kader van de RAER en de grootste niet automatisch groot. Dit in afwijking van de aanpak van de FIOD, die meestal tenminste drie (min of meer willekeurige) grootteklassen onderscheidt. Stel dat zo'n onderzoek oplevert dat in de klasse van de kleinste ondernemingen wél en in de twee volgende klassen niet in belangrijke mate wordt verzekerd. De "kritische grootte" (het omslagpunt) zal dan meestal in de eerste, en misschien zelfs in de tweede niet in belangrijke mate verzekerende grootteklasse vallen. De ondernemingen die tussen de buitengrens van de wel verzekerende klasse en de kritische grootte vallen zijn de dupe van de FIOD-benadering. En zij behoren nu uitgerekend tot die groep ondernemingen waarvoor de RAER in het bijzonder bedoeld is, in de woorden van het Hof in BNB 1978/204: de wat grotere ondernemingen, voor wie het niet-verzekeren geen onaanvaardbare risico's oproept.

Het is verwonderlijk dat de FIOD vasthoudt aan de indeling naar grootteklassen op

²⁷ Het gemiddelde kan schommelen, omdat de toevoeging van een ondernemer die verzekert, het gemiddelde weer even kan doen stijgen. De grens is bereikt als het gemiddelde *definitief* onder 29,5% zakt. Anders zou het einde oefening zijn als de kleinste onderneming toevallig niet zou verzekeren.

basis van het "snijbloemenarrest"²⁸, omdat de FIOD de cumulatieve methode zelf gebruikt voor de bepaling van het in de branche gebruikelijke eigen risico.²⁹

Impliciet heeft ook de Hoge Raad deze methode toegepast in BNB 1992/338, waarin aan de orde was de termijn van uitkering bij bedrijfsschade, waarop de te doteren premie gebaseerd diende te worden. De belastingplichtige in dit arrest bracht de naar mijn opvatting juiste stelling naar voren dat onder het risico slechts de kans op het intreden van bedrijfsschade verstaan dient te worden en dat de termijn geen deel uitmaakt van het risico. Daardoor dacht hij het recht te hebben te doteren als zou hij voor 36 maanden verzekeren. Echter, de termijn heeft wél te maken met het in-belangrijke-matecriterium. Het verzekeringsgedrag was namelijk zo dat het risico slechts voor 12 maanden in belangrijke mate verzekerd werd.³⁰

Resumerend kan gesteld worden dat alle kwantitatieve aspecten van de RAER (grootte, eigen risico en termijn) onder het criterium "in belangrijke mate" gebracht kunnen worden.

6 RECENTE ONTWIKKELINGEN MET BETREKKING TOT DE INDELING NAAR GROOTTE

6.1 HR 14 juni 1995, nr. 30.071

6.1.1 Inleiding

²⁸ Naast de materiële kant van mijn kritiek op de FIOD is er ook een formele: niet de FIOD, maar de inspecteur bepaalt wat de toepasselijke jurisprudentie is. In het colofon van de rapporten schrijft de FIOD nota bene zelf: "De inspecteur draagt de uiteindelijke verantwoording (sic!) voor het opleggen van de aanslag tot een juist bedrag."

²⁹ Zie voor de bespreking van het standaardvoorbeeld van de FIOD: J.Ch. Caanen, t.a.p., blz. 118.

³⁰ Dat dit probleem te benaderen is met de cumulatieve methode kan als volgt geïllustreerd worden. Stel er zijn 11 vergelijkbare ondernemingen, 6 ervan verzekeren het risico van bedrijfsschade. Op het eerste gezicht een verzekeringspercentage van 54,54. De verzekerde termijnen zijn respectievelijk 30, 24, 18, 12, 8 en 3 maanden. Indien gecumuleerd wordt van de langste naar de kortste termijn, dan verzekert 27,27% (3 van de 11) minimaal 18 maanden. Om 29,5% te passeren, zal de onderneming met 12 maanden toegevoegd moeten worden, met andere woorden in belangrijke mate wordt voor 12 maanden verzekerd. Dit betekent dat de ondernemingen die niet verzekeren, mogen doteren als verzekerden zij voor 12 maanden. Maar ook dat de twee ondernemingen die voor 8 resp. 3 maanden verzekeren, mogen doteren als verzekerden zij 4 resp. 9 maanden erbij.

In dit arrest onderkent de Hoge Raad dat er een relatie kan bestaan tussen de grootte van de onderneming en het verzekeringsgedrag. In het onderhavige geval is dit gedrag echter afwijkend van het normale patroon. In plaats van minder gaan meer ondernemingen verzekeren naarmate zij groter zijn.

6.1.2 Casus en beslissing

Belanghebbende, een BV die handelt in zand en grind, wenste voor de betalingsrisico's inzake binnenlandse debiteuren een RAER te vormen. Er is een FIOD-rapport³¹ en een enquête van de Nederlandsche Vereeniging van Grind- en Zandhandelaren (NVGZ). Uit beide bronnen blijkt dat de verzekeringsgewoonte in de branche toeneemt naarmate de omzet stijgt. In het FIOD-rapport is een onderscheid aangebracht tussen de verzekeringsgewoonte naar omzetgrootte en die waarbij geen rekening wordt met de omzetgrootte. In de eerste variant zijn twee omzetklassen gemaakt. In de omzetklasse van 0-25 mln verzekerde in 1986 en 1987 22,2% van de ondernemingen het risico, in die van meer dan 25 mln 42,9%. Wordt geen rekening gehouden met omzetgrootte, dan verzekerde 28% van de ondernemingen.

Het Hof schuift de enquête van de NVGZ terzijde. Op grond van FIOD-gegevens concludeert het Hof dat het niet aannemelijk is dat het onderhavige kredietrisico binnen de kring van handelaren in zand en grind in het betreffende jaar (1987) in belangrijke mate werd verzekerd. Het Hof gaat dus uit van de variant zonder omzetklassen. Een indeling in twee groepen, zoals gewenst door belastingplichtige (0,3 tot en met 2,35 en 4,9 tot en met 82,6 mln) acht het Hof in dit verband willekeurig.

Voor de Hoge Raad betoogt belanghebbende dat de FIOD-grens arbitrair is en dat deze met behulp van een objectieve methode bepaald dient te worden. Zij presenteert daartoe een benadering die overeenkomst vertoont met de cumulatieve methode, echter niet van klein naar groot, maar van groot naar klein. De Hoge Raad neemt deze redenering in rechtsoverweging 3.3 impliciet over. Hij stelt vast dat het aantal handelaren in zand en grind dat het onderwerpelijke risico verzekert, verhoudingsgewijs toeneemt naarmate de omzet hoger is en dat daaruit volgt dat de ondernemingen met een omzet als die van

³¹ Rapportnummer RAER 89G0118.

belanghebbende of hoger in belangrijke mate zijn verzekerd.

6.2 Afwijkend verzekeringsgedrag

Het is een stap vooruit dat de Hoge Raad de ontoereikendheid van de FIOD-indelingen erkent. Echter, ik ben van mening dat de cumulatieve methode in geval van "afwijkend" verzekeringsgedrag, zoals in het onderhavige arrest, niet toegepast mag worden. Overigens zal eerst nagegaan moeten worden of het wel afwijkend verzekeringsgedrag is. Er kan ook nog sprake zijn van verschillende risico's, bijvoorbeeld doordat een subgroep een heel andere type afnemer heeft, waardoor de kans op niet betalen een heel andere is.³² Dan zijn we aan de toepassing van het in-belangrijke-mate-criterium nog niet toe, eerst moet een verdere opsplitsing naar subgroepen plaatsvinden op basis van het risico. Als dan nog afwijkend verzekeringsgedrag optreedt, kan dat alleen maar toeval zijn. Een te kleine populatie ten gevolge van een (te) ver doorgevoerde opsplitsing kan daaraan debet zijn.

Wanneer de kleine ondernemingen vaker verzekeren dan de grote, dan stemt dit overeen met een gedragshypothese, maar er is geen verklaring voor het frequenter verzekeren door de grote ondernemingen. De cumulatieve methode kan dan niet gebruikt worden en zit er niets anders op dan uit te gaan van alle ondernemingen. Dit betekent dat de variant uit het FIOD-rapport, waarbij geen rekening wordt gehouden met de omzetgrootte, de juiste is (gesteld dat het risico gelijk is).

In een rechtszaak voor Hof 's-Hertogenbosch³³ was onlangs ook sprake van afwijkend verzekeringsgedrag. Het betrof een FIOD-rapport over het kredietrisico in de houthandel.³⁴ In de omzetklasse van 0 tot 10 miljoen, waarin belastingplichtige zich bevond, werd het risico niet in belangrijke mate verzekerd, in klassen met hogere omzetten wel. Deze belastingplichtige vocht ook de willekeur van de FIOD-afbakeningen aan en stelde zich op het overigens niet gehonoreerde standpunt dat uitgegaan moest worden van alle ondernemingen in de bedrijfstak. Naar mijn opvatting is dit correct; het is echter de

³² Van de belastingadviseur van belanghebbende heb ik informatie gekregen waaruit blijkt dat de kleine handelaren voornamelijk à contant verkopen, waardoor nauwelijks een debiteurenrisico bestaat. Dit verklaart het niet verzekeren.

³³ Hof 's-Hertogenbosch, 7 maart 1994, nr. 0146/1992A, Fiscaal up to Date 94-1545.

³⁴ RAER 89G0521A.

vraag of dit soelaas had geboden, immers het percentage verzekerde ondernemingen kan dan over de gehele linie onder de 30% zakken. Het heeft er echter alle schijn van dat ook hier sprake is van verschillende risico's zoals bij de zand- en grindhandelaren. Aan deze houthandelaar werden later alsnog de dotaties aan de RAER toegestaan.³⁵ Hieruit kan afgeleid worden dat de staatssecretaris ook al vóór het zand- en grindhandelarenarrest tot het inzicht was gekomen dat strak vasthouden aan de omzetklassen niet vol te houden is.

6.3 Gemengde activiteiten

Het kan voorkomen dat één onderneming binnen meerdere bedrijfstakken opereert. Dit gold bijvoorbeeld voor belanghebbende uit het net besproken arrest. In 1987 bestond de helft van zijn omzet ad f 12,6 mln uit zand en grind en de andere helft uit bouwmaterialen. In rechtsoverweging 3.4 komt de Hoge Raad tot het oordeel dat het Hof ten onrechte het gedeelte van de omzet betrekking hebbende op de handel in bouwmaterialen, niet in zijn oordeel heeft betrokken. Belanghebbende had voor het Hof gesteld dat zij voor haar gehele omzet een RAER wenste te vormen. De Hoge Raad is kennelijk gevoelig voor het argument van belastingplichtige dat voor de omzet in bouwmaterialen uitgegaan moet worden van het FIOD-rapport voor de bouwmaterialenhandel. Daaruit blijkt dat bedrijven met een omzet groter dan f 5 mln het debiteurenrisico in belangrijke mate verzekeren.

In geval van gemengde activiteiten is het dus mogelijk één grotere fiscale onderneming uiteen te laten vallen in twee in verschillende bedrijfstakken opererende kleinere ondernemingen. Voor de FIOD-onderzoeken zou dit kunnen betekenen dat de ene kleinere onderneming meedoet in de ene bedrijfstak en de andere in de andere bedrijfstak. Voor de vorming van de RAER dient dan ook uitgegaan worden van twee aparte ondernemingen. Enerzijds is er iets voor te zeggen voor een dergelijk splitsing, anderzijds zal de ondernemer zijn verzekeringsgedrag met betrekking tot een risico waarschijnlijk laten bepalen door de grootte van de hele onderneming. Zou hij niet verzekeren en deze onderneming zou worden geënuquêteerd, dan wordt in elk van de steekproeven van twee bedrijfstakken een kleine, niet verzekerende onderneming opgenomen. Dit probleem is op te lossen door alleen maar "branchezuivere" ondernemingen te enquêteren of door uit te gaan van de

³⁵ Zie Fiscaal up to Date, 94-1776.

hoofdactiviteit. Het probleem dat de grootte per bedrijfstak en de grootte waarop de onderneming zijn verzekeringsgedrag baseert, uiteenlopen is niet goed op te lossen.

6.4 De fiscale eenheid

Een soortgelijk probleem doet zich voor in geval van een fiscale eenheid. Stel er zijn meerdere verbonden vennootschappen (een concern) die binnen eenzelfde bedrijfstak opereren. Bij de bedrijfseconomische beslissing zal uitgegaan worden van het gehele concern. De fiscale onderneming valt hiermee alleen maar samen als het concern een fiscale eenheid vormt. Is er geen fiscale eenheid, dan zijn er meerdere kleinere fiscale ondernemingen. Dit kan twee gevolgen hebben. Indien zij in het FIOD-onderzoek worden opgenomen fungeren zij daar misschien als kleine, niet verzekerende ondernemingen. Voor het vormen van een eventuele RAER worden zij beschouwd als kleine fiscale ondernemingen, terwijl het verzekeringsgedrag bepaald wordt door het zijn van één grote bedrijfseconomische eenheid.

In een recente uitspraak van Hof Arnhem, 19 september 1995, nr. 94/1505³⁶, werd door een tot een fiscale eenheid behorende vennootschap het buitenlands kredietrisico niet verzekerd. Omdat in de bedrijfstak het risico van 52% van de buitenlandse omzet in belangrijke mate werd verzekerd³⁷, kon de moedermaatschappij de bespaarde premies over 52% van de buitenlandse omzet aan een RAER doteren. In 1991 kocht de moedermaatschappij van de vennootschap de aandelen van een concurrent. Deze vennootschap had 85% van haar buitenlandse omzet verzekerd. Na de overname werd dit voortgezet. De inspecteur stelde dat beide vennootschappen na de overname moesten worden gezien als een eenheid die gemiddeld 30% van haar buitenlandse omzet verzekert. Volgens Hof Arnhem was er een wezenlijk verschil tussen enerzijds de bestaande feitelijke situatie waarin de overgenomen vennootschap haar buitenlandse omzet voor 85% en de andere vennootschap deze in het geheel niet had verzekerd en de anderzijds de inspecteur voor ogen staande situatie waarin beide vennootschappen hun buitenlandse omzet ieder voor 30% zouden hebben verzekerd. De omstandigheid dat de vennootschappen deel waren

³⁶V-N 1996, blz. 919, pnt. 7.

³⁷ Het gebruikelijke eigen risico bedroeg 48%.

gaan uitmaken van een fiscale eenheid bracht niet mee dat laatstgenoemde situatie was ontstaan.

Voor deze specifieke situatie is dit een aanvaardbare beslissing. De vennootschappen zetten immers het verzekeringsgedrag voort waarvoor gekozen is op basis van de grootte die zij hadden vóór zij beide deel uitmaakten van de fiscale eenheid. Vanaf het moment dat er veranderingen komen in het verzekeringsgedrag zal echter uitgegaan moeten worden van een eenheid, omdat dan aangenomen mag worden dat dit verzekeringsgedrag ingegeven wordt door het zijn van een groter bedrijfseconomisch geheel.³⁸ Dan wordt het wel van belang af te rekenen met de denkfout die vermeld staat onder Grond 5. De redenering moet niet zijn dat geen dotatie meer mogelijk is omdat de eenheid maar voor 30% verzekert, maar dat nog slechts over 22% van de buitenlandse omzet gedoteerd mag worden, omdat nu 30% in plaats van 0% wordt verzekerd.³⁹

7 KREDIETRISICO

7.1 Debiteurenrisico en landenrisico

In dit onderdeel zal de kwalitatieve afbakening op grond van geografische indelingen met betrekking tot één type risico, het kredietrisico, aan de orde komen. Onder dit risico is te verstaan het risico dat een crediteur zijn geld niet ontvangt. Deze formulering is gekozen omdat er eigenlijk twee risico's zijn, die ook apart verzekerd kunnen worden. Allereerst het risico dat een debiteur niet betaalt, het *debiteurenrisico*. De debiteur kan de afnemer zijn of, in geval van een onherroepelijk accreditief⁴⁰, zijn bank. Dit risico bestaat zowel bij binnenlandse als bij buitenlandse afnemers.

Naast het debiteurenrisico is er bij export het *landenrisico* als reden voor niet ontvangen. Dit risico is vooral van politieke aard, zoals oorlog, onlusten, deviezenmaatregelen. Daarnaast kan gedacht worden aan natuurrampen en epidemieën.

³⁸ Zo ook de redactie van het Vakstudie Nieuws in haar aantekening.

³⁹ Anders geformuleerd: de eenheid heeft een eigen risico van 70%, terwijl het gebruikelijke eigen risico 48% bedraagt.

⁴⁰ Ook genoemd documentair krediet. Het komt globaal neer op een betalingsgarantie.

7.2 Eén assurantiereserve of meerdere?

In HR 15 mei 1985, BNB 1985/233 was de vraag aan de orde of een onderneming slechts één RAER heeft, of een reserve voor elk risico. De Hoge Raad besliste dat de ter zake te volgen methode in beginsel ter keuze van de belastingplichtige staat en dat gelijksoortige of nauw met elkaar samenhangende risico's, ook indien zij voor verschillende objecten worden gelopen, als één risico moeten worden aangemerkt. Het risico van brand dient als een voor alle objecten gelijk risico te worden beschouwd. Van der Geld⁴¹ meent dat hieruit geconcludeerd kan worden dat er geen tussenmogelijkheid is: de onderneming kan kiezen tussen een gezamenlijke RAER of zoveel assurantiereserves als er risico's zijn. Voor het kredietrisico zou dit betekenen dat voor het kredietrisico of de allesomvattende RAER gedoteerd wordt of aan een aparte RAER kredietrisico. In geval van laatstgenoemde optie zou analoog aan het brandrisico niet verder gesplitst kunnen worden, tenzij men de vraag of er plaats is voor tussenmogelijkheden of, anders geformuleerd, of het kredietrisico in meerdere subrisico's gesplitst mag worden, positief beantwoordt.⁴² Het toestaan van een verdere splitsing van het kredietrisico in subrisico's (maar niet verder dan nodig) lijkt mij gewenst, gezien de grote ongelijksoortigheid in risico van de landen waarnaar geëxporteerd wordt. Dit blijkt uit de praktijk van de kredietverzekeringen. Daar worden de landen ingedeeld in risicoklassen (zie verder onder 7.5). Bij de toepassing van de RAER moet zoveel mogelijk bij de verzekeringspraktijk aangesloten worden. Zo komt de "rechtsgrond" van de RAER, de gelijke behandeling van ondernemers die verzekeren en ondernemers die niet verzekeren, het best tot zijn recht. Ondernemers die verzekeren, hebben immers ook met deze klassen te maken.

7.3 Relevante maatstaf van grootte

⁴¹ J.A.G. van de Geld, Nadere duidelijkheid omtrent de reserve assurantie eigen risico, Weekblad voor Fiscaal Recht, 3 oktober 1985, 1985/5698, blz. 1207-1210.

⁴² Deze vraag is niet relevant als men ervan uit zou gaan dat het begrip risico dat gehanteerd wordt voor de boekhoudkundige reserve en het risico dat gehanteerd wordt voor het criterium "in belangrijke mate" los van elkaar gezien kunnen worden. In theorie zou dat mogelijk zijn, maar het lijkt me onwenselijk omdat de toepassing van de toch al niet gemakkelijke RAER nog gecompliceerder wordt. In gelijke zin Mr. Van Soest in zijn conclusie bij BNB 1985/233.

Aan een onderneming dient een grootte toegekend te worden. In de praktijk is het gebruik geworden bij kredietrisico de *omzet* als groottemaatstaf te nemen. Hierdoor vindt als het ware een weging van de mijns inziens betere maatstaf, nl. het aantal debiteuren plaats. Immers, bij andere risico's zoals cascorisico of brandrisico wordt niet de waarde in aanmerking genomen, maar het aantal auto's of gebouwen. De omzet is echter om een aantal redenen wel aanvaardbaar. Ten eerste is een stroomgrootheid als de omzet niet afhankelijk van toevallige omstandigheden op balansdatum. Verder zou ook gesteld kunnen worden dat het risico er niet uit bestaat dat een debiteur niet betaalt, maar dat een rekening niet wordt betaald. Bovendien zal er door de spreiding van grote en kleine afnemers wel een redelijk constant verband bestaan tussen omzet en het aantal debiteuren. Tenslotte is omzet meer voor de hand liggend voor het landenrisico, omdat de individuele debiteuren dan uit beeld zijn.

7.4 Binnenlands en buitenlands kredietrisico

De FIOD maakt steevast een indeling vooraf tussen binnenlands en buitenlands kredietrisico. Dit is voorbarig, want indien er een gelijk risico ten aanzien van Nederlandse, Duitse en Belgische debiteuren bestaat, is er geen reden een onderscheid naar land te maken. De beroepsverzekeraars vinden dit ook niet nodig, zij bieden polissen binnenland aan die ook de omzet in enige, kennelijk even betrouwbare, buurlanden dekken.

7.5 De beroepsverzekeraars

7.5.1 Algemeen

De markt van de kredietverzekering is voor 90% in handen van de Nederlandsche Credietverzekering Maatschappij NV (NCM). Het maximale gedekte percentage kan 95% bedragen, op voorwaarde dat de Nederlandse Staat in het risico participeert. Afhankelijk van de risico's kan het gedwongen eigen risico hoger worden gesteld. Daarnaast is er de mogelijkheid tot vrijwillig hoger eigen risico.

De Staat treedt vaak als herverzekeraar op, in het bijzonder voor het landenrisico. Daardoor wordt het mogelijk tegen een redelijke premie een verzekering te krijgen voor

export naar landen die voor een uitsluitend commerciële verzekeraar minder aantrekkelijk zouden zijn. De NCM adviseert hierin, hetgeen tot uitdrukking komt in het zogenaamde *landenbeleid*. Er zijn landen waarop om uiteenlopende redenen geen dekking wordt gegeven. Het is mogelijk zich uitsluitend tegen het landenrisico te verzekeren. De staatsparticipatie in deze loopt via de NCM, de ondernemers kunnen zich niet rechtstreeks tot de Staat wenden.

7.5.2 Landenklassen, debiteurenrisicoklassen en branche-indeling

De verschuldigde premie bestaat uit een component voor het landenrisico en een component voor het debiteurenrisico⁴³. Het lijkt me minder zinvol deze in het kader van de RAER als twee aparte risico's te beschouwen. Ik ga dus uit van slechts één risico: het kredietrisico. Voor elk land wordt voor beide componenten een risico-inschatting gemaakt. Landen met een gelijk risicoprofiel worden doorgaans samengevoegd. Zo ontstaat voor het landenrisico een lijst van landen naar vier *landenklassen* en voor het debiteurenrisico een lijst van landen naar tien *debiteurenrisicoklassen*.

Het landenrisico is in hoge mate bedrijfstakneutraal. Echter, ten aanzien van het overgrote deel der landen maakt de NCM bij haar basistarieven ook geen onderscheid naar (de leverende) bedrijfstak. Dit betekent dat voor elke bedrijfstak dezelfde landenindeling geldt. Voor zestien landen zijn de debiteurenrisicoklassen gedifferentieerd naar branche.⁴⁴ Er worden zes bedrijfstakken onderscheiden, onderverdeeld naar 24 branchegroepen. Voor elke combinatie debiteurenrisicoklasse/branchegroep wordt het risico bepaald met de bijbehorende premiestelling.

De presentatie van de NCM suggereert dat de indeling naar land van hogere orde is dan de indeling naar bedrijfstak. In de door mij voorgestane aanpak van de kwalitatieve afbakening in het algemeen dient de branche-indeling als hoger aangemerkt te worden. Dit betekent dat de beschreven NCM-indeling niet zonder meer bruikbaar is. Van de landenindeling gedifferentieerd naar branche zal een branche-indeling gedifferentieerd naar land

⁴³ De NCM onderscheidt twee sub-risico's, het risico van insolventie en het risico van vermoedelijke insolventie. Het eerste doet zich voor indien vaststaat dat er niets ontvangen zal worden, bijvoorbeeld ten gevolge van faillissement, het tweede wanneer in het algemeen zes maanden na de vervaldag nog geen betaling is ontvangen.

⁴⁴ Met dank aan dhr. E.P.C.M. Veul van de NCM.

gemaakt moeten worden. Dit is mogelijk aan de hand van de *basispremie* voor het verzekeren van het kredietrisico. Onder de basispremie is te verstaan de optelsom van de landenrisicocomponent en de debiteurenrisicocomponent, zonder rekening te houden met allerlei persoonlijke premieaanpassingen ten gevolge van bonus-malusregelingen e.d..

Het is mij bekend dat de NCM over een dergelijke indeling beschikt voor intern gebruik. De indeling van de FIOD zou hierop geënt moeten zijn. Dat is echter niet het geval.

7.6 De geografische indelingen van de FIOD

In de wijze waarop in de FIOD-rapporten landen geclusterd worden is nauwelijks structuur te ontdekken, behalve dat naarmate de afstand tot Nederland groter is, grotere geografische eenheden genomen worden. Dichtbijgelegen Europese landen, zoals België, Duitsland enz. worden apart vermeld, terwijl daarnaast hele werelddelen verschijnen. De indelingen zijn wel logisch vanuit aardrijkskundig oogpunt⁴⁵, maar risicoprofielen van landen lijken er niet aan ten grondslag te liggen.

Bijvoorbeeld, het werelddeel Afrika wordt geregeld als één (risico)gebied gepresenteerd⁴⁶, terwijl in de overzichten van de NCM in bijna elke landenklasse en debiteurenrisicoklasse afzonderlijke Afrikaanse landen voorkomen. Een ander (willekeurig) voorbeeld kan gegeven worden aan de hand van het FIOD-rapport over de groothandel in chemische grondstoffen.⁴⁷ Daarin komt het uit vijf landen bestaande gebiedsdeel Zuid-Europa voor. In de NCM-overzichten zijn deze vijf landen verdeeld over vier verschillende risicoklassen.

Van haast elke grotere geografische eenheid maken landen deel uit waarvoor de NCM geen dekking geeft. De FIOD acht het vanzelfsprekend dat voor niet verzekerbare landen ook geen reserve gevormd kan worden. Dat is op zichzelf correct, maar een notoir

⁴⁵ Hoewel, wat moet men aan met gebieden als West-, Zuid- en Noord-Europa of het Verre en Midden Oosten als er niet bijvermeld wordt welke landen daaronder precies verstaan worden.

⁴⁶ Bijvoorbeeld Hof Amsterdam, 30 november 1993, nr. 92/2830, Fiscaal Up To Date 94-80.

⁴⁷ RAER 91G0309.

niet verzekeraar land als Tsjaad hoort niet in een cluster Afrika thuis, maar in het cluster "niet-verzekerbare-landen-waar-ter-wereld-ook". De FIOD verzuimt echter deze lijn door te trekken naar de wel verzekerbare landen. Daarbinnen bestaat een sterke differentiatie naar risico(klasse). Toch worden deze per werelddeel bij elkaar gehouden, terwijl het logisch zou zijn om de Afrikaanse landen uit een bepaalde risicoklasse samen te voegen met alle landen met een gelijk risico, waar ter wereld ook. Er dient geclusterd te worden vanuit het gezichtspunt van een verzekeraar, niet vanuit dat van een geograaf!

8 HR 3 NOVEMBER 1993, NR. 29.009

8.1 Casus en beslissing

Belanghebbende verkocht kalveren aan afnemers in West-Duitsland, Frankrijk en België. Voor het jaar 1985 heeft hij een onderzoekje verricht naar het verzekeringsgedrag van 3 collegabedrijven, die samen met belanghebbende ongeveer 75% van de kalverenmarkt in handen hebben. Twee van hen blijken het debiteurenrisico met betrekking tot hun exporten te verzekeren, waardoor voldaan zou zijn aan het wettelijk criterium "in belangrijke mate verzekeren". In 1987 heeft de FIOD een onderzoek ingesteld naar de mate waarin de export van slachtvee naar West-Duitsland, Frankrijk, België en Italië in de jaren 1983 tot en met 1986 werd verzekerd. Voor alle vier de landen en alle vier de jaren luidde de conclusie dat de export niet in belangrijke mate verzekerd werd.

De inspecteur is van mening dat in het onderzoek van belanghebbende ten onrechte geen onderscheid is gemaakt naar de omvang van de export (per ondernemer), naar de geëxporteerde diersoort en naar het land van export. De rechtsstrijd spitst zich toe op de differentiatie naar land.

Het Hof⁴⁸ overweegt "dat het van wezenlijke betekenis (is) dat bij de vergelijking van het verzekeringsgedrag van ondernemingen met betrekking tot het debiteurenrisico van export, een onderscheid gemaakt wordt naar land van export." De Hoge Raad verwierpt het cassatiemiddel van belanghebbende, inhoudende dat de eis van differentiatie naar het land van export een wettelijke basis ontbeert.

⁴⁸ Hof Arnhem, 2 juni 1992, nr. 901267, Fiscaal up to Date, 92-862.

8.2 Het FIOD-rapport

In deze paragraaf zal ik van belang zijnde elementen uit het FIOD-rapport lichten en deze meteen van commentaar voorzien.

Het is gepubliceerd onder nummer 86.2681A en geeft het onderzoek weer naar de export van levende have. Er wordt alleen rekening gehouden met de polisvoorwaarden van de NCM. Daaraan wordt een omschrijving van het kredietrisico ontleend, namelijk het risico dat een ondernemer loopt, indien hij na de levering van het goed of het verrichten van de dienst géén of slechts een gedeeltelijke betaling van de factuurwaarde ontvangt.

In het onderdeel "Vergelijkbare bedrijven" staat dat bij de beoordeling van de vraag of er in belangrijke mate wordt verzekerd, een vergelijking moet plaatsvinden van gelijksoortige bedrijven die onder vergelijkbare omstandigheden werken. Allereerst wordt er onderscheid gemaakt tussen slachtdieren en fokdieren. Van de fokdieren wordt gezegd dat dit een geheel andere, niet vergelijkbare bedrijfstak is (andere afnemers, andere afzetgebieden, geringer aantal dieren e.d.).

Vervolgens wordt er aan de hand van aan de marktomstandigheden onderscheid gemaakt tussen exporteurs van varkens, schapen en runderen. Is er nu sprake van drie aparte bedrijfstakken of van een opsplitsing van de bedrijfstak "exporteurs slachtvee"? Voor de eerste visie valt veel te zeggen, er zijn immers sterk afwijkende marktomstandigheden. Bovendien blijkt uit het rapport dat er een aparte vereniging is van exporteurs van levende varkens. Zou er sprake zijn van een opsplitsing van een bedrijfstak in subgroepen, dat zou dit in mijn visie aan de hand van verschil in risico dienen te gebeuren. Hoewel het rapport daarover geen uitsluitsel verschaft, mag aangenomen worden dat de onderscheiden diergroepen een andere premiestelling, en dus een ander risico opleveren. Met andere woorden, de ex ante afbakening en de ex post afbakening zullen tot een gelijk resultaat leiden. Tot zover dus alles goed.

Dan vermeldt het FIOD-rapport: "Gezien het soort risico, waarbij er ook qua bedrijfsgrootte enorme verschillen bestaan, ben ik van mening dat voor het vaststellen van de verzekeringsgewoonte (cursief CC) er in dit geval rekening moet worden gehouden met de omzetgrootte van de bedrijfsgenoten." Op grond van deze overweging worden voor de runderen drie omzetklassen gemaakt: tot 5 miljoen, 5 tot 15 miljoen en 15 miljoen en

meer. Ook hier weer de bedrijfsgrootte als afbakeningscriterium vooraf.⁴⁹ Dit zou alleen gerechtvaardigd zijn indien de grootte gebruikt zou worden als indicatie voor kwalitatieve verschillen in risico, zoals bijvoorbeeld bij de zand- en grindhandelaren waar de kleine ondernemingen een ander debiteurenrisico lopen omdat ze veel contante verkopen hebben. Dat is niet bedoeld, hoewel de tekst zo gelezen kan worden. Maar dan zou naar mijn opvatting *binnen* deze klassen de cumulatieve methode toegepast moeten worden.

Met betrekking tot de geografische indeling vermeldt het rapport: "Uit het snijbloemenarrest (BNB 1975/78) kan de conclusie worden getrokken dat bij bepaalde risico's een onderscheid moet worden gemaakt naar het land van export. Dat er een wezenlijk verschil in omvang van het kredietrisico bestaat tussen bijvoorbeeld de export naar Italië en België blijkt overigens uit de premiepercentages van de N.C.M." Echter niet wordt vermeld, zoals in het geding naar voren komt, dat de premiepercentages voor West-Duitsland, Frankrijk en België kennelijk gelijk waren, nl. 0,34% van de omzet.

Uiteindelijk leidt de FIOD-aanpak onontkoombaar tot de door mij ongewenst verklaarde versnippering over zeer kleine subgroepen. Ter illustratie de exporteurs van varkens: het aantal leden van hun vereniging bedroeg begin 1987 23, en die zijn onderverdeeld naar 6 landen en 3 grootteklassen.

8.3 Commentaar op het arrest

Het Hof heeft geoordeeld (en is daarin gevolgd door de Hoge Raad) dat differentiatie naar land moet plaatsvinden, "nu uit een FIOD-onderzoek naar het verzekeringsgedrag van ondernemingen die met de onderneming van belanghebbende vergelijkbaar zijn, blijkt dat die ondernemingen ten aanzien van de vraag of zij het debiteurenrisico verzekeren een onderscheid maken naar land van export,..". Ten eerste blijkt dit nergens uit het rapport, het onderscheid is door de FIOD zelf aangebracht. Maar belangrijker is dat het er niet toe doet! Immers, "of zij het debiteurenrisico verzekeren" is hetgeen onderzocht moet worden, en dient dus geen rol te spelen bij de afbakening van de te onderzoeken groep. Deze afbakening dient te geschieden op basis van het risico: is dat voor een aantal landen gelijk,

⁴⁹ In geen van deze klassen werd voldaan aan het in-belangrijke-mate criterium, terwijl het best zo zou kunnen zijn dat binnen de klasse tot 5 mln een onderscheid "klein"- "groot" te maken was geweest.

dan is er geen reden deze afzonderlijk te beschouwen.

En het risico was kennelijk gelijk, dat blijkt uit het premiepercentage en uit het feit dat in de polis geen onderscheid werd gemaakt naar het land van export. Dit laatste ontleen ik aan het beroepsschrift in cassatie. Het is niet duidelijk of dit ook in de procedure voor het Hof aan de orde is geweest. Nu kan ik wel voor een groot deel met A-G van Soest meegaan in zijn overweging (4.18) dat hier "een beslissing van feitelijke aard, althans een sterk met feitelijke gegevens verweven beslissing" aan de orde was, maar zo gemakkelijk had de Hoge Raad er zich toch niet vanaf mogen maken. Ik ben namelijk van mening dat belastingplichtige uiteindelijk het gelijk aan zijn kant had met de stelling dat het (op voorhand) maken van onderscheid naar het land van export bij de vergelijking van het debiteurenrisico geen wettelijke basis heeft. De wet eist een gelijk risico, en dat kan alleen maar een achteraf geconstateerd onderscheid naar land rechtvaardigen.

Bovendien had de Hoge Raad wel duidelijk mogen maken waarom in geval van debiteurenrisico van BNB 1985/233 afgeweken diende te worden. Het FIOD-rapport verwijst in deze naar BNB 1975/78. Daarin was het onderscheid naar land slechts zeer summier aan de orde en bovendien is het vóór BNB 1985/233 geweest.

8.4 Gevolgen van het arrest

Het belangrijkste gevolg van de beslissing van de Hoge Raad is dat per land een aparte RAER ontstaat, die opgeheven dient te worden als het risico ophoudt te bestaan. Voor de belastingplichtige uit het arrest zou dit betekenen, dat hij de RAER kredietrisico Frankrijk zal moeten opheffen wanneer hij bij gelijkblijvend exportvolume besluit de kalveren die hij eerst naar Frankrijk exporteerde voortaan naar Duitsland uit te voeren, en dat terwijl zijn totale risico gelijk blijft. Tenzij er dan gewerkt zou worden met een formule in de trant van "tenzij op korte termijn te verwachten is dat de export naar Frankrijk hernomen zal worden". Dat is echter vaag en praktisch moeilijk hanteerbaar.

In mijn visie ontstaat er slechts één RAER kredietrisico Duitsland, België en Frankrijk. Een probleem kan dan ontstaan als het risico van een land, bijvoorbeeld Frankrijk, wijzigt ten opzichte van dat van de andere landen. Dat land moet dan naar een ander cluster. De vraag is dan wat er dient te gebeuren met het "stukje Frankrijk" in de RAER. Daarin zou men belastingplichtige de keuze kunnen laten tussen achterlaten in de RAER

van het oude cluster of overbrengen naar de RAER van het nieuwe cluster, onder inachtneming van een bestendige gedragslijn. Indien belastingplichtige kiest voor de tweede optie, zal hij de dotaties en afboekingen per land apart dienen te registreren of althans moeten kunnen reproduceren.⁵⁰ Als Frankrijk echter uit het cluster verdwijnt, omdat de export verlegd wordt naar andere landen, kan de totale RAER intact blijven, ook al is per land geregistreerd. Men hoeft immers een RAER cascorisico ook niet naar rato op te heffen, als een auto verkocht wordt en vervangen wordt door een andere.

9 SAMENVATTING EN VOORLOPIGE CONCLUSIES

Het begrip "vergelijkbare ondernemingen" komt niet in de wet voor. Daarom dient het slechts als zelfstandig afbakeningscriterium gebruikt te worden bij de onderverdeling in bedrijfstakken. Verder leidt de toepassing van de twee wettelijke elementen: "risico's" en "in belangrijke mate verzekeren" achteraf tot vergelijkbaarheid. Vergelijkbaar zijn ondernemingen die een vergelijkbaar risico lopen. Bestaan er binnen een bedrijfstak verschillen in risico, dan is er aanleiding om verder te splitsen. Een goede indicatie voor de grootte van het risico vormen de gegevens, waaronder de premie, van de verzekeringsmaatschappijen.

De grootte van de ondernemingen mag niet gebruikt worden als ex-ante-afbakeningscriterium. Hij is als zodanig niet van invloed op het risico, maar op het verzekeringsgedrag. Naarmate ondernemingen groter zijn plegen zij minder frequent te verzekeren. Hierdoor sluit de ondernemingsgrootte aan bij het criterium "in belangrijke mate". In beginsel dient uitgegaan te worden van alle ondernemingen. Vervolgens kunnen zij met behulp van de door mij voorgestane cumulatieve methode gesplitst worden in "kleine" en "grote" ondernemingen.

De cumulatieve methode is niet geschikt in geval van afwijkend verzekeringsgedrag zoals in BNB 1995/234. Ogenscheinlijk afwijkend verzekeringsgedrag kan veroorzaakt worden door een tekortschietende onderverdeling naar risico. Omdat afwijkend verzekeringsgedrag bij gelijk risico op het toeval berust, dient om vast te stellen of in belangrijke mate wordt verzekerd uitgegaan te worden van alle ondernemingen.

⁵⁰ Vgl. J.A.G. van der Geld, t.a.p., blz. 1210.

Een splitsing van het kredietrisico naar exportland is gewenst, maar deze dient niet verder te gaan dan strikt noodzakelijk. Aan de hand van de basispremie zullen de landen per branche geclusterd moeten worden. De NCM beschikt over daarvoor geëigende gegevens. De FIOD daarentegen clustert met de logica van een geograaf.

In BNB 1994/12 eist de Hoge Raad een onderverdeling naar land, terwijl daartoe op grond van het risico geen aanleiding is. Ook maakt de Hoge Raad niet duidelijk waarom hij zover van BNB 1985/233 afwijkt.

Differentiatie naar land heeft in elk geval twee ongewenste gevolgen. In de eerste plaats kan de ver doorgevoerde opsplitsing ertoe leiden dat het al dan niet voldaan zijn aan in belangrijke mate verzekeren tot een statistisch toeval wordt. Ten tweede ontstaat er per land een aparte RAER. Indien een ondernemer zijn export verlegt van een land naar een ander land, dan moet de reserve van dat land opgeheven worden.

10 EEN ALTERNATIEF: RUIMERE ACHTERWAARTSE VERLIESCOMPENSATIE

Het bovenstaande leidt onontkoombaar tot één conclusie: de reserve assurantie eigen risico is een gecompliceerde en moeilijk uitvoerbare faciliteit. Elke oplossing voor een gesignaleerd probleem lijkt weer nieuwe onzekerheden op te roepen. Het zou beter zijn de RAER af te schaffen en deze te vervangen door een uitgebreidere achterwaartse verliescompensatie voor verliezen uit een deel van de onverzekerde calamiteiten. Uitgebreider wil zeggen: in elk geval langer dan drie jaar; mijn voorkeur gaat uit naar onbeperkte verliescompensatie.

Dat heeft een aantal voordelen. In de eerste plaats is het is een faciliteit waarvan alleen de ondernemers profiteren die werkelijk schade lijden. Een beperking tot schade van risico's die in belangrijke mate verzekerd worden is niet nodig, ook schade uit een onverzekerbaar risico kan in aanmerking worden genomen, de schade is immers geleden. De ondernemers die in 1995 schade hebben geleden door de hoge waterstand in de rivieren hadden van een dergelijke faciliteit kunnen profiteren, terwijl het vormen van een RAER voor overstromingsrisico niet mogelijk was, omdat het een onverzekerbaar risico was waardoor nooit aan het in-belangrijke-mate-criterium voldaan kon worden.

Een ander voordeel is dat de gedupeerde ondernemers van de fiscus een bedrag ontvangen dat bij een winstverleden kan variëren van 35% van de geleden schade in de

vennootschapsbelasting tot 60% in de inkomstenbelasting. Daardoor komen liquiditeiten beschikbaar om de herstelwerkzaamheden mee te beginnen. Dotaties aan een RAER leveren een belastingvoordeel op, maar de ondernemer is niet verplicht deze gelden in liquide vorm aan te houden. Dit kan tot gevolg hebben dat er na een catastrofe geen geld voor herstel is, ondanks de RAER aan de passiefzijde.

Ik zou de onbeperkte achterwaartse verliescompensatie wel willen beperken tot externe, ondernemingsvreemde risico's. Hierbij denk ik aan directe schade en bedrijfs-schade ten gevolge van brand, natuurrampen (overstroming, aardbeving) en schade ten gevolge van het onderdeel landenrisico van het buitenlands kredietrisico (staatsgreep, revolutie e.d.). Het zijn risico's die vaak tot relatief grote schade leiden en/of de gehele onderneming als risico-object hebben.

De faciliteit lijkt me niet nodig voor interne, ondernemingseigen risico's met relatief kleine risico-objecten zoals het debiteurenrisico, cascorisico, het risico van ziekte, arbeidsongeschiktheid enz. De schade of de kans op schade ten gevolge van deze risico's kan volgens de normale winstbepalingsregels verwerkt worden. Zou een dergelijke schade de overige jaarwinst overtreffen, dan zal drie jaar terugwenteling in het algemeen wel voldoende zijn.

Bij de wetswijziging die een onbeperkte voorwaartse compensatie van ondernemingsverliezen mogelijk maakt is in dit opzicht een kans gemist.

11 DE EXPORTRISICORESERVE

11.1 Beschrijving van de faciliteit

Door het aannemen van het wetsvoorstel Lastenverlichting midden- en kleinbedrijf (nr. 24423) is in artikel 13, tweede en derde lid, Wet IB 1964 de exportrisicoreserve geïntroduceerd. Deze faciliteit is bedoeld om kleine ondernemers het exporteren te vergemakkelijken. Het exportrisico omvat debiteurenrisico's en valutarisico's. De vorming van de reserve is niet toegestaan als betreffende risico's zijn verzekerd of indien voor de risico's een RAER is gevormd.

Aanvankelijk was het de bedoeling de faciliteit te beperken tot de export naar bij ministeriële regeling aangewezen landen. De dotatie zou 5% van de omzet bedragen. De

enige kwantitatieve beperking zou daaruit bestaan dat de reserve aan het einde van het boekjaar ten hoogste f 500.000 mocht bedragen. Tengevolge van een amendement van De Vries c.s. (nr. 6) is het tweede lid ingrijpend gewijzigd. De beoogde beperking naar landen is vervallen, de faciliteit geldt ongeacht het land waarnaar de export plaatsvindt. Om de faciliteit toe te spitsen op het midden- en kleinbedrijf geldt de dotatie van 5% alleen nog maar voor jaaromzetten tot en met f 100.000. Bedraagt de omzet meer dan f 100.000, maar niet meer dan f 200.000, dan mag 2% van de omzet worden gedoteerd. De maximale hoogte van f 500.000 is vervallen.

11.2 Commentaar

Omdat is gekozen voor opbouw met een vast percentage van de omzet en niet voor een forfaitaire correctie van de debiteurenstand per balansdatum ontstaat een passiefpost die in theorie, evenals de RAER, alsmaar kan oplopen.

In de wettekst staat: debiteuren- en valutarisico's, in het meervoud dus. De vraag is dan om hoeveel risico's het gaat: is er slechts één risico, het exportrisico, zijn er tenminste twee risico's, het debiteurenrisico én het valutarisico, of zijn er meerdere debiteurenrisico's en valutarisico's. Ik hou het op het laatste. Dit is van belang in verband met de bepaling dat geen reserve gevormd kan worden indien de risico's zijn verzekerd of indien een RAER is gevormd. Ik lees de bepaling zo dat geen reserve gevormd kan worden indien dit voor álle risico's geldt. Dat levert binnen een bepaald risico ook een bevredigend resultaat op. Indien een ondernemer het debiteurenrisico met betrekking tot land A verzekert en dat met betrekking tot land B niet, dan mag hij doteren over de omzet naar land B en niet over die naar land A. Dit zijn aparte omzetten. De verzekerde omzet telt wel mee voor de grens van f 100.000 resp. f 200.000.

Anders ligt het met het onderscheid debiteurenrisico en valutarisico. Deze risico's hebben niet betrekking op te onderscheiden delen van de omzet, maar op dezelfde omzet. Gesteld dat het valutarisico niet verzekerd is en het debiteurenrisico wel, wat dan? Naar mijn opvatting zal over deze omzet wel gedoteerd mogen worden, behalve wanneer een prijs in guldens wordt overeengekomen. Onevenwichtig is dan wel dat dit een even hoge dotatie oplevert als in het geval dat beide risico's onverzekerd blijven.

Met het laten vervallen van de beperking met betrekking tot de landen en van de

maximale hoogte van de reserve heb ik weinig moeite. Met betrekking tot de differentiatie naar omzet, ware het beter geweest het lagere percentage toe te passen op de omzet boven de f 100.000 en niet op de gehele omzet indien deze meer bedraagt dan f 100.000. Nu treedt er een beduidend schokeffect op, en dat is een opvallend gevolg van een amendement waarvan de toelichting vermeldt dat het ertoe strekt schokeffecten te verminderen.

In de opzet van het wetsvoorstel leek de exportrisicoreserve nog iets voor te stellen. Door het amendement is er zo weinig van over gebleven dat hij beter geheel geschrapt had kunnen worden.

12 EINDCONCLUSIE

Het verdient aanbeveling de wettelijke regeling die het vormen van een reserve assurantie eigen risico mogelijk maakt te vervangen door een ruimere, bij voorkeur onbeperkte achterwaartse verliescompensatie voor grote, externe risico's.